

Libertés publiques et droits fondamentaux

Ces droits constituent le socle sur lequel les sociétés actuelles se sont et se fondent aujourd'hui. Ils reflètent l'équilibre que la société tente d'assurer entre les aspirations des individus et les exigences de la collectivité. Il convient de comprendre le jeu qu'il y a entre l'individu et cette collectivité, et qui va devoir organiser des espaces de liberté pour l'homme.

Ces droits et ces libertés ont été forgés au fur et à mesure de l'avènement des sociétés. C'est au sein d'une société démocratique que ces droits et libertés peuvent prospérer. Ils ont été développés par couches successives, de sorte que l'on parle de « générations » de droit et libertés fondamentaux :

- **les droits civils et politiques** ont été consacrés pour l'essentiel par la DDHC de 1789 ;
- **les droits « économiques et sociaux »**, qui ont été revendiqués à partir de la Révolution Industrielle : l'industrialisation fait en effet courir des risques à l'Homme, la société a pris conscience d'octroyer ces droits.
- Les droits de 3^{ème} génération, dits « **droits de solidarité** ».

Ces différentes couches de droit sont apparues dans le temps de façon successive et s'entremêlent.

- **Les droits civils** recouvrent les droits fondamentaux de la personne : ce sont des droits « résistance », qui supposent une liberté de choix de la part des individus, et le corollaire : une abstention de l'Etat : droit à la liberté d'aller et venir, droit à la sûreté, opinion, de penser, de religion etc.
- **Les droits économiques et sociaux** sont des droits de créance : les citoyens ont un droit de créance sur l'Etat. Par exemple, le droit à la santé, ou le droit au travail, le droit au logement, le droit à la sécurité sociale. L'Etat doit prendre les mesures nécessaires pour mettre en œuvre ces droits.
- **Les droits de solidarité** sont des droits dont le contenu et même le contenant reste encore assez flou et en devenir. C'est par exemple, le droit à la paix, le droit au développement. Son contenu est assez indéfini dans la mesure où il y a peu de dispositions. Le droit à la paix est posé par une déclaration de l'ONU, néanmoins les Etats ont encore le droit de faire la guerre : la consistance du droit à la paix existe, néanmoins elle reste faible.

Cette notion de droits et libertés souligne plusieurs concepts.

§1. Les notions

Notions de :

- droits
- libertés
- libertés publics
- droits de l'homme
- droits fondamentaux

A. Les notions de bases

1. La notion de droits

Qu'est ce que le droit ? Ce terme a plusieurs sens.

- Le **Droit** c'est l'ensemble des règles de conduite qui régissent les rapports entre les hommes dans la société et dont le respect est assuré par l'autorité publique.

Ce sont donc des règles **générales, abstraites et impersonnelles**.

- Les **droits** sont des prérogatives du droit objectif. Le droit objectif reconnaît à un individu ou un groupe d'individus des prérogatives, lesquelles vont permettre aux individus d'exiger d'une autre personne l'exécution d'une prestation par exemple : c'est ce qu'on appelle les droits subjectifs.

La juxtaposition du droit objectif et subjectif :

« Si le droit objectif nous permet de faire quelque chose, nous avons les droits objectifs de le faire » (Carbonnier)

« Le droit subjectif correspond à la prérogative individuelle que la personne sujet de droit tire de la règle de droit objectif » (Aubert).

Finalement, les droits subjectifs sont sous la dépendance du droit objectif, parce qu'ils existent car le droit objectif les admet et les reconnaît.

2. La notion de Liberté

La Liberté est une **notion universelle**, dans laquelle tous les Hommes aspirent et peuvent se reconnaître. C'est une notion louée par tous, dès lors qu'il y a un espace de réflexion : c'est le concept de Liberté qui prédomine et qui va inspirer la plupart des Hommes.

Chateaubriand écrivait *« sans la liberté, il n'y a rien dans le monde, elle seule donne du prix à la Vie »*.

Tocqueville : *« on ne saurait trop le dire, il n'est rien de plus fécond en merveilles que l'art d'être libre, mais il n'y a rien de plus dur que l'apprentissage de la Liberté »*.

C'est une notion « à tiroirs » avec des variantes qu'on mesure mal.

- Dans un premier sens, il est fait état de la condition de **l'Homme qui n'appartient à aucun Maître**. Dans l'Antiquité, ceux qui étaient pris à la guerre perdaient leur Liberté et devenaient des esclaves.
- La **propriété de soi**.
- La **liberté politique** : la jouissance des droits politiques que la Constitution accorde à chacun de ses citoyens. Mais c'est une liberté relative, qui s'exprime par rapport à celle des autres au sein de la Société. Il faut donc trouver un équilibre entre la liberté des citoyens et la liberté de l'Autre. Cette difficulté est accrue par le fait que l'homme civilisé est un Homme qui aspire à toujours plus de liberté.

Aujourd'hui on constate que les difficultés concernent la confrontation soit entre les libertés individuelles, soit les libertés individuelles avec l'organisation de la Société.

Ex 1 : liberté d'expression et protection de la vie privée. Je suis journaliste, j'ai une liberté d'expression. Je fais un article sur une personne privée qui rencontre des difficultés, cette personne a le droit à la protection de sa vie privée. Le fait même de présenter cette personne va faire en sorte que je vais porter atteinte à sa vie privée. J'ai bien la confrontation de deux libertés : la Société va devoir organiser une bataille juste et cohérente pour la collectivité. C'est ce qu'elle va faire au travers de la législation et de la jurisprudence.

Ex 2 : l'euthanasie. On confronte la liberté de disposer de son corps (liberté de se suicider et de mourir quand on veut) et puis de l'autre, l'interdiction de tuer et d'aider quelqu'un à se tuer. L'homicide est interdit et la complicité de l'homicide est également interdite. Que va-t-on faire prévaloir ? Cette difficulté est exacerbée par le fait que le suicide de celui qui demande l'euthanasie est impossible : il a besoin des autres, d'où la confrontation entre les deux Libertés.

Avant la loi de 2005, l'euthanasie était pénalement poursuivie, que ce soit fait par un proche ou par un corps médical. Les qualifications pénales étaient « non assistance à personne en danger », « délaissement de personne incapable de se protéger » et « homicide ». Face au risque pénal, certains médecins ne savaient comment réagir, surtout lorsqu'un patient refuse un traitement ou promulguer des soins illusoires...

Aujourd'hui, on accompagne la fin de vie tout en interdisant de mettre fin à la vie (loi de 2005). Par exemple, usage de traitement à double effet qui permet d'adoucir la douleur et qui à haute dose est à effet mortel. Néanmoins, la loi maintient la pénalisation de certains comportements : l'euthanasie active est interdite, que ce soit par un tiers ou par un médecin.

Pour la CEDH, dans un arrêt **Fretty contre RU, 2002**, a considéré que cette question relevait de chaque Etat dans son pouvoir d'appréciation ; par conséquent la GB n'a pas été condamné en refusant à Mme Fretty le droit de mourir dans la dignité.

Il convient de noter que les Etats qui ont ratifié la Convention n'ont pas réellement évolué et n'admettent pas l'euthanasie.

Ex 3 : l'IVG. La femme peut disposer de son corps, mais cela s'oppose au droit à la vie du fœtus.

Ex 4 : le droit d'accoucher sous X. Les femmes peuvent demander l'anonymat lorsqu'elles donnent naissance à leur enfant, il n'y aura pas de lien de filiation. Ce droit, assez ancien, a été octroyé pour ne pas que les femmes avortent dans la clandestinité, pour ne pas créer des handicaps aux enfants survivants...

Depuis 10 ans, les enfants nés sous X se voient faire l'objet d'une procédure d'adoption plénière. Mais ces enfants ont besoin de connaître leur origine, et l'on voit un mouvement de recherche par ceux-ci de leur lien du sang. On a donc mis en place un dispositif qui permet de lever l'anonymat.

Pour contrecarrer cette procédure, on évoque également les droits du père, qui fait en quelque sorte disparaître totalement de l'existence d'un père biologique.

La notion de liberté se conçoit sous l'angle de la liberté individuelle, c'est-à-dire le droit que **chaque citoyen a de n'être privé de la liberté de sa personne que dans les cas prévus par la loi**. Cette notion ne se conçoit donc que dans le cadre d'une société démocratique : la recherche de l'affranchissement de la personne humaine. Il doit s'agir d'un gouvernement qui entend inclure la liberté dans un cadre politique : l'autorité de l'Etat demeure mais elle est compatible avec l'autorité des citoyens qui lui sont soumis. De ce fait, on va essayer de juxtaposer ces différentes notions : la notion de Liberté individuelle, qui est une notion abstraite, s'exprime dans les sociétés démocratiques au travers des Libertés publiques, qui, elles, sont des notions concrètes, c'est-à-dire des libertés que l'Etat octroie à chacun de ses citoyens.

Ainsi les **Libertés publiques peuvent être considérés comme des droits naturels, indépendants de la volonté du pouvoir**, qui ne pourrait ni les supprimer ni les réduire. Mais, il n'y aurait pas de garanties réelles sans l'égalité. Alain disait « si l'Homme ne vaut rien sans la liberté, la liberté ne vaut rien sans l'Homme. » Cela signifie que la liberté, pour qu'elle soit une réalité, doit être un cadre. C'est la raison pour laquelle les libertés publiques ne sont pas de simples règles morales ou religieuses : **ce sont des règles juridiques, qui n'existent que par ce qu'elles sont consacrées par la Loi et elles évoluent avec le temps, l'espace en fonction des différentes législations.**

Ex : la liberté d'expression, qui est la 1^{ère} des Libertés de 1789. Cette liberté, pour qu'elle puisse devenir une liberté publique, doit être organisée. L'une des manifestations est la Liberté de la presse : si celle-ci n'est pas consacrée, il n'y a pas de liberté d'expression. Cette liberté trouvera son apogée dans la reconnaissance d'un texte législatif qui est la loi sur la presse de 1881.

Ex 2 : le droit au logement : on a mis de côté le droit de propriété pendant un temps. Aujourd'hui, l'Etat estime qu'il y a des personnes qui sont mal logées. L'Etat n'y arrivait pas, pour se faire, a institué le droit au logement. On aura ici une opposition entre des droits fondamentaux : le droit de propriété et ce droit au logement.

Cette formation historique des libertés explique qu'il n'y a pas de définition unique. Il n'y a pas un texte

constitutif mais des textes successifs qui correspondent à des conceptions diverses et parfois opposées de ces libertés.

3. Droits et libertés

Comment comprendre ces deux concepts l'un par rapport à l'autre ?

Les textes emploient les deux termes, tantôt l'un tantôt l'autre, parfois à mauvais escient. Les textes constitutionnels évoquent en grande majorité les droits, et les droits de l'Homme. Dans la constitution de 1958, on parle des « droits de l'Homme ». Dans la déclaration de 1789, on fait référence au droit « naturel, inaliénable et sacré de l'Homme ». Dans le Préambule de 1946, on parle des « droits inaliénables et sacrés de l'Homme ».

D'autres textes évoquent des droits isolés, soit des libertés.

Les qualifications doctrinales sont aussi marquées d'une certaine ambiguïté.

- Vision publiciste :

Rivero définit la liberté comme un pouvoir « *d'autodétermination en vertu duquel l'Homme choisit lui-même son comportement personnel* ». La Liberté se distingue donc des droits dans la mesure où les droits ont pour finalité d'imposer à autrui un comportement.

- Vision privatiste :

La notion de liberté est plus large que la notion de droits. Le droit est la concrétisation juridique de la liberté. La liberté peut être protégée au moyen de plusieurs règles de droit. La Liberté n'a de réalité qu'au travers des différentes petites libertés qui se concrétisent elles-mêmes dans des droits.

Ex : la liberté contractuelle qui engendre la liberté de choisir son partenaire, le contenu contractuel... Ces libertés n'ont d'existence matérielle qu'au travers de la réalisation de plusieurs règles juridiques : la bonne foi dans l'exécution du contrat, l'effet relatif du contrat... Donc toutes ces règles découlent elles-mêmes du grand principe de liberté contractuelle.

B. Les notions complexes

1. Les droits de l'Homme

Ce sont des prérogatives de gouverner par des règles que l'individu détient en propre dans ses relations avec les autres et avec le pouvoir.

Mais les Droits de l'Homme ne sont pas unitaires. Il y a une certaine ambiguïté qui tient dans l'identification du sujet visé par le droit, c'est à dire l'Homme. Il y a deux conceptions des droits de l'Homme.

- **L'immutabilité et la permanence de la nature humaine.**

Selon cette théorie, indépendamment de son origine, race, sexe, condition sociale, l'Homme porte en lui-même un certain nombre de Droits qui lui sont inhérents à sa personne. Ces droits ne peuvent être reconnus, sinon l'essence même de l'Homme serait atteinte.

Ces droits sont antérieurs à toute législation positive et constituent évidemment les limites de toute action de l'Etat : l'Etat ne peut pas empiéter sur la nature humaine. C'est dans ce concept que la DDHC de 1789 a prononcé les Droits que les institutions étatiques ont pour mission de garantir : la liberté individuelle, d'aller et venir, opinion etc.

Cette conception des Droits de l'Homme relève de ce qu'on appelle « théorie des droits naturels » : l'Homme possède un ensemble de Droits inhérents à sa nature. Ce sont des droits qui sont évidemment **supra-nationaux**. C'est dans cet état d'esprit qu'est née l'idée d'ingérence humanitaire.

Mais cette interprétation classique est apparue insuffisante lorsqu'on a pris conscience que la jouissance d'un Droit n'est d'aucun profit aux individus qui ne sont pas en mesure de le mettre en œuvre. Et c'est la raison pour laquelle une nouvelle conception des droits de l'Homme a été dégagée.

- **L'expression des droits sociaux**

Ces droits rendent compte de l'extension du droit. Il s'agit d'une mutation radicale des devoirs de l'Etat qui va devoir les mettre en œuvre.

Son titulaire n'est pas l'Homme en tant qu'être humain, **mais c'est l'individu impliqué dans sa relation sociale**. C'est l'Homme au sein de la collectivité qui va bénéficier de droits particuliers dans sa relation avec les autres.

Ces droits ne peuvent se réaliser **qu'avec l'intervention des pouvoirs publics**. Dans le droit classique, il s'agit d'un droit satisfait dès que les pouvoirs publics le reconnaissent et ne mettent pas d'entrave à son exercice. Le droit social est un droit qui lui doit être garanti par l'Etat, celui-ci doit pourvoir à la réalisation de ce droit : l'Etat est interventionniste.

Mais pour autant ces deux conceptions ne sont pas en opposition. La société, pour qu'elle fonctionne, doit avoir cette double vision des droits de l'Homme et faire en sorte que les droits sociaux soient le prolongement des droits classiques.

Ex : **la liberté d'enseignement** est reconnu dès 1789. A côté de ce droit, il va y avoir des droits créances : droit d'instruction...

2. Les droits de l'Homme et les libertés publiques

- Version publiciste :

Les droits de l'homme sont transcendants : les droits de l'homme ne constituent pas une catégorie juridique déterminée. Pour les libertés publiques, il y a en quelque sorte un régime juridique qui leur est consacré. D'ailleurs, l'article 34 de la constitution les consacre directement.

- Version privatiste :

Les droits de l'Homme sont considérés comme des libertés publiques si des textes viennent les réglementer. Pour les concevoir, il faut une manifestation du pouvoir politique consacré par un pouvoir législatif.

3. Les droits et libertés fondamentaux

L'emploi de cet adjectif fondamental est assez récent dans notre législation française, même si cet adjectif n'était

pas ignoré du vocabulaire juridique. Que ce soit des textes législatifs ou la jurisprudence, et bien sur la doctrine, chacun est venu consacrer cette notion :

- **Les textes**

On insérait déjà dans l'ancien droit ce vocable « fondamental » : **les lois fondamentales du Royaume**. Il y a donc une tradition historique.

Aujourd'hui, la Constitution parle des PFRLR : ces principes sont d'ailleurs réaffirmés dans le préambule de la Constitution. Ce sont ces principes qui permettent de mettre en exergue des libertés fondamentales accordées au citoyens pour l'exercice des libertés publiques. La notion de « fondamentalité » a aussi pénétré le droit positif actuel dans des secteurs variés : c'est le cas du code de la santé publique, CGCT ou encore le CJA. Très récemment, la loi du 30 octobre 2007 a institué le contrôleur général des lieux de privation de liberté, et a prévu d'accorder comme mission pour ce contrôleur le rôle de contrôler la prise en charge et transfert des gens privés de liberté, afin de faire respecté les droits fondamentaux de ces personnes.

- **La jurisprudence**

Elle a adopté une attitude différente, que ce soit la jurisprudence du CC, CE et Cass.

➤ Conseil Constitutionnel

L'utilisation de ce vocable s'est fait progressivement dans la jurisprudence. La première utilisation apparaît dans une décision **du 16 janvier 1982 sur les nationalisations**. Cette décision affirme le caractère fondamental du ***droit de propriété***. Mais la jurisprudence, comme la loi, ne dit pas ce qu'elle entend par fondamental. Il semble qu'il y est un degré important pour cette expression.

En 1984, le CC accorde la notion de fondamentale la ***liberté de communication, de pensée et d'opinion***.

En 1994, on étend cette qualification pour la ***liberté d'écrire, de parler*** dans la décision sur l'utilisation sur la langue française.

En 1990, à propos du droit des étrangers, le Conseil Constitutionnel pour la première fois raccroche le vocable de fondamental à un droit. Mais, là encore, le CC ne précise pas le contenu de ce droit fondamental et ne donne pas de liste exhaustive de droits dits fondamentaux. Le CC fait référence aux ***libertés et droit fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnue à tous ceux qui résident sur le territoire de la République***.

En 1993, le CC vise quelques droits et libertés auxquelles était attaché le vocable de fondamental, en invoquant la ***liberté individuelle et la sûreté***, et en particulier la liberté d'aller et venir, la liberté du mariage, et le droit de mener une vie familiale normale.

Ont été rajoutés le droit de la défense, et le droit d'asile.

Certains auteurs considèrent qu'il y a une classification des droits et libertés pour le CC : les fondamentales et les autres, ces dernières n'ayant pas de protection supérieure en l'absence de qualification de fondamentale.

Depuis 1998, le CC n'utilise plus cette notion puisqu'on s'est aperçu qu'elle n'apportait pas grande chose et n'était pas source de création d'une nouvelle forme de libertés et de droits. Certains auteurs pensent que la fondamentalité ne fonde plus, aujourd'hui, une hiérarchie des droits constitutionnels.

➤ Le Conseil d'Etat

Cette notion de fondamentale a été consacré par le CJA, puisque l'article L.521-2 a visé directement cette notion en investissant le juge administratif d'un pouvoir d'injonction à l'égard de l'administration, lorsque cette dernière porte « dans l'exercice de ses pouvoirs » une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale.

Les actions envisageables sont les actions pour voie de fait et les actions en référé liberté. La jurisprudence du CE adopte une interprétation assez restrictive de la voie de fait, et de ce fait, admet de manière assez réduite la possibilité d'avoir recours à cette notion de violation d'une liberté fondamentale.

Par exemple, le CE n'a pas reconnu au droit au logement la qualité de liberté fondamentale pour pouvoir le défendre sous cet angle. Il en va de même pour le droit à la santé.

➤ La Cour de Cassation

Dans l'ordre judiciaire, la jurisprudence est en faveur de ce concept, puisque la Cour de Cass n'hésite pas à qualifier largement ce vocable de droits et libertés fondamentaux : relations privées, du travail...

• La doctrine

Ce ne sont pas les privatistes qui ont cherché à donner un contenu à ce vocable : ce sont les publicistes.

Les publicistes ont donné quatre définitions :

- Est fondamentale tout ce qui est relatif au sujet du droit : l'Homme. Par conséquent, selon cette conception, des droits sont fondamentaux parce qu'ils sont inhérents à l'Homme en tant qu'il est Homme, fondement de tout droit : la dignité et l'identité de l'Homme dans la société, et par conséquent sont opposables au pouvoir public. C'est la définition la plus neutre, la plus banale, mais cette neutralité a peut être une force par rapport aux autres : finalement, elle recouvre bien le sens actuel que nous avons de ces droits et libertés.
- L'adjectif fondamental est utilisé pour désigner la source des droits ou de leur position dans la hiérarchie des normes ; les sources du droit peuvent être juridiques ou extra-juridiques. Il y a une hiérarchie des êtres : Dieu, les Hommes, les animaux et enfin les choses. Cette position ressemble au droit naturel et cette conception est assez minoritaire et n'apporte aucun élément scientifique. Pas terrible, donc. Dans les sociétés judéo-chrétiennes, certaines civilisations insèrent la religion dans le pouvoir politique. Et dans ce type d'organisation, il y a véritablement cette hiérarchie. Selon les auteurs, les droits sont fondamentaux parce qu'ils sont inscrits dans les normes du plus haut degré d'un système juridique. Dans ce cas, ils bénéficient d'un mécanisme de garantie supérieur par rapport aux autres droits : les protections légales, constitutionnelles et internationales...
- L'utilisation l'adjectif fondamental en raison d'une fonction d'identité et de cohérence d'un système juridique. Selon cette théorie les droits et principes fondamentaux sont ceux sur lesquels un système juridique perdrait sa cohérence, son mode de fonctionnement voire même son existence et son identité. On dit dans cette conception que les droits et les libertés fondamentaux sont constitutifs : ils apparaissent comme une condition sine qua non de l'identité. Certains disent que sans ces libertés, l'Homme ne pourrait être conçu ou imaginé, ne pourrait pas exister car ces libertés sont attachées à lui. Les droits sont donc constituants de la société et de la notion de l'Homme, construite sur la liberté.
- Approche comparative : elle a une certaine forme d'utilité mais sa simplicité ne permet pas d'identifier ce qu'est un droit ou liberté fondamental. Le caractère fondamental va dériver des similitudes des qualifications de ces droits dans différents systèmes juridiques. Par exemple, les pays qui ont ratifié la CEDH adoptent une identité et une vision communes de droits et libertés qu'ils qualifient de fondamentaux.

Dans la jurisprudence de la Cour de Cassation, cette notion est utilisée à tort et à travers, comme pour justifier des décisions pour lesquelles parfois il n'y a pas vraiment de fondement juridique. C'est néanmoins un concept

fort, qui a pénétré toutes les branches internes du droit, mais également le droit international et le droit européen, et qu'il est aujourd'hui semble-t-il un terme de rapprochement des publicistes et des privatistes.

§2 - La genèse des droits et libertés fondamentaux

Le point de départ est la DDHC. Il y aurait donc un avant 1789, puis un après 1789. Mais cette approche est tout de même réductrice.

A. La période ante révolution

1. Les idées

Elles se trouvent dans une pensée judéo-chrétienne et une doctrine naturelle, le droit au bonheur.

- **La pensée judéo-chrétienne**

GRECE. Cette pensée n'est pas arrivée avec le Christ mais avec des civilisations plus anciennes. On s'aperçoit que par exemple, dans la Cité Grecques d'Athènes, le régime proclamait la liberté et l'égalité des citoyens. Dans ce régime démocratique, l'Etat devait mettre sa puissance au service des citoyens. Mais la liberté de l'Homme était conçue comme une liberté participation. Les Hommes sont considérés comme aptes à exercer toutes les fonctions dans la Société : gouverné et gouvernant tour à tour. Dans cette société, le droit n'est pas conçu pour défendre une liberté propre à chaque individu, mais pour garantir l'exercice des droits civiques (le droit de voter par exemple) : le citoyen est donc esclave de la loi. Pris individuellement, il n'est rien. Il n'a de sens que par ce qu'il est citoyen.

Il faut donc que la participation soit respectée pour que la loi puisse s'immiscer dans n'importe quel domaine de la société : l'individu ne peut opposer sa conscience privée.

EGYPTE ET BABYLONE. Dans d'autres systèmes, cette notion n'existe pas : les esclaves étaient considérés comme des choses.

ROME. L'Homme n'était pas prisonnier de la loi. Mais il n'avait pas conscience qu'il pouvait exister une liberté personnelle et individuelle.

CHRISTIANISME. Deux idées essentielles ont été apportées :

→ L'Homme est une personne revêue d'une éminente dignité. C'est une créature formée à l'image de Dieu, donc sa destinée est éternelle. Cette dignité appartient à tous les Hommes, sans distinction, quelque soit leur race, statut social, statut personnel. Il va falloir traiter l'Homme en considération de sa dignité.

→ Le pouvoir politique est limité à ce qui ne relève pas du pouvoir de Dieu. Il y a donc le domaine de l'Etat et le domaine du privé ; de ce fait, le christianisme va justifier la résistance à l'oppression de l'Etat. Si celui ci outrepassa son domaine d'intervention, l'Homme doit se révolter et éventuellement combattre les autorités étatiques pour faire respecter le domaine réservé.

- **La doctrine des droits naturels individuels**

Cette doctrine a été développée au milieu du 18^{ème} siècle. Elle a été ensuite enrichie par la Philosophie des Lumières. La conception d'un état de nature originel part de l'idée selon laquelle avant d'établir toute société politique, les Hommes ont vécu dans un état inorganisé : de ce fait, ils jouissent d'une totale liberté. C'est l'idée d'un état primitif de liberté.

Cet état a été décrit par Thomas Hobbes comme un Etat anarchique, ou comme un état paradisiaque pour d'autres auteurs. Par conséquent, cet Etat doit être organisé, car sinon c'est le chaos. Il faut donc trouver un système qui permet de concilier une nécessaire organisation politique de la société avec le respect des libertés premières attachées à l'Homme. Et les auteurs issus de ce courant de pensée estiment que cette conciliation ne peut se faire qu'au travers de l'idée d'un contrat librement conclu par l'Homme : **le PACTE SOCIAL** : les Hommes mettent fin à leur primitif état de nature et fonde le pouvoir politique et crée le « souverain » (celui qui va diriger).

Il y a eu quatre philosophes qui ont travaillé sur cette notion de pacte social :

- **GROSSIUS** (1583-1645) qui dans son ouvrage « le droit de la guerre et de la paix » développe l'idée selon laquelle les Hommes bénéficient de droit naturel attaché à la nature de l'Homme. Par conséquent, il y aurait un droit naturel subjectif. Pour Grossius, ce contrat est la convention par laquelle les Hommes décident, poussés par un instinct de solidarité, de se regrouper en Société. Ici, il va y avoir un passage du droit naturel dit « subjectif » vers le droit positif.
- **HOBBS** (1588-1679) dans son ouvrage « le Leviathan » considère que l'Homme est fondamentalement mauvais, et par conséquent pour échapper au chaos de l'Etat de nature, les Hommes ont décidé de se regrouper en société par un Contrat Social. Et par ce biais, les Hommes aliènent la totalité de leurs droits naturels au profit du pouvoir politique en échange de leur sécurité physique.

Hobbes et Grossius ont donc comme vision un contrat social comme une justification du passage nécessaire de l'homme désorganisé et non structuré vers un Etat organisé.

- **LOCKE** (1632-1704) écrit dans l'« essai sur l'origine » que les Hommes, dans le contrat social, abandonnent une partie seulement de leurs libertés entre les mains du souverain. Le souverain est choisi par les Hommes. La déclaration de 1789 reprend d'ailleurs cette vision du contrat social. Ce contrat admet et justifie un pouvoir monarchique, mais qui est limité. Il s'agit finalement du système monarchique anglais.
- **ROUSSEAU** (1712-1778) a écrit « le Contrat Social » et « Discours sur l'origine de l'inégalité » : il fonde ses idées politiques sur le concept que les Hommes ont abandonné l'ensemble de leurs libertés entre les mains de leur souverain. Mais le pacte social qui conduit en lui-même en une aliénation des droits naturels au profit de la communauté n'aboutit pas pour autant à la perte de la liberté, parce que tout simplement l'Homme demeure libre en s'abandonnant au souverain, parce que le Souverain représente la volonté générale qui ne peut être que juste et bienfaisante.

2. Les régimes politiques

Sous l'AR, il n'existait pas à proprement parler de « libertés publiques » ; ainsi, la liberté d'aller et venir n'existait pas, la liberté de conscience, culte, expression etc. Le droit de propriété privée n'était pas garanti, et puis les libertés du travail et du commerce n'étaient qu'imparfaitement reconnues.

En fait, dans l'ancienne France, les concepts de droit absolu et ceux de libertés individuelles étaient totalement inconnus. A l'époque, les juristes ne sont pas des théoriciens. Ils ne posent pas de principes généraux. Pour eux, les droits sont des prérogatives qu'il convient de protéger, et par conséquent on constate que leur conception est pragmatique.

De la même façon, la notion individuelle de liberté appliquée aux relations entre individus ou contre l'Etat leur est totalement étrangère. A cette époque, en fait, la liberté relève du domaine de la morale et de la religion. Et dans cette idée, les juristes peuvent y faire référence mais ils ne vont pas en tirer des conséquences juridiques. Cela ne signifie pas pour autant qu'il n'existe pas de droits légitimement protégés ou de libertés. Ce qui existe, ce sont des libertés qui sont comprises comme des franchises, des privilèges.

Ces libertés présentent des caractéristiques : on dit que ce sont des prérogatives concrètes : un pouvoir, une exemption d'impôts... Elles sont inégalitaires, parce que les privilèges n'appartiennent qu'à un groupe social. Enfin, elles sont collectives, car l'Homme tout seul n'est rien et n'a pas de droit. Seul un groupe social a des prérogatives.

Bien entendu, les atteintes à la liberté à cette époque sont extrêmement nombreuses. Dans ce contexte, on va voir poindre des velléités en matière de libertés : l'influence de la philosophie des Lumières, philosophies anglaises et américaines. L'idée d'une déclaration solennelle commence à germer en définissant une série de droits et de libertés.

En Angleterre, il y avait une tradition de méfiance par rapport au pouvoir en place. Très tôt, les seigneurs ont proposé des textes dans lesquels ils affirmaient leur protection par rapport au Souverain :

- **La Grande Charte (Magna Carta)** en 1215 : la noblesse anglaise se révolte contre les excès de la Monarchie. Les barons émigrent en France. Ce texte est le premier texte constitutionnel de l'Angleterre et est considéré comme le fondement des libertés. C'est un texte écrit en latin qui comprend 63 articles et qui a été imposé aux féodaux anglais à leur Suzerain, Jean Sans-Terre. Cette Charte énumère les privilèges accordés à l'Eglise, à la Cité de Londres, aux marchands, aux dignitaires féodaux et prévoit une série de garanties concernant la liberté individuelle des sujets. « aucun Homme libre ne sera arrêté ou emprisonné si ce n'est en vertu du jugement légal de ses pairs ou de la loi du Pays ». Ce texte va être repris en élargi.
- **La Pétition des Droits** (1628) garantit les principes de libertés politiques : respect du droit du Parlement par exemple, et des libertés individuelles, comme la sécurité du peuple ; C'est Charles 1^{er} qui convoque le Parlement pour réclamer des fonds et les membres du Parlement réclament précisément des droits octroyés aux citoyens d'Angleterre (pas de levées d'impôts sans accord du Parlement, ce n'est pas le souverain qui décide tout seul ; pas d'arrestation arbitraire ; droit pour l'accusé à une procédure régulière ; respect des droits et libertés selon les lois du Royaume).
- **L'Habeas Corpus** (1679) : on ne peut punir des personnes de façon arbitraire. Cette Habeas a été rédigé par les membres du Parlement pour lutter contre les pratiques antérieures. L'accusé est présenté sous trois jours afin de déterminer si sa détention est légale ou non.
- **Le Bill of Rights** (1689) : texte imposé par le Parlement, qui va parachever ces différents textes en mettant fin au pouvoir absolutiste du Roi. Politiquement, il va y avoir un contrat établi entre le pouvoir et le peuple, car le concept de Droit Divin va trouver une fin. Cette déclaration rappelle les violations commises par Jacques 2 et énumère les droits du peuple depuis la Magna Carta. Cette déclaration énonce un principe essentiel : l'autorité royale n'a pas force de loi, la loi est au dessus du Roi. Le peuple a des droits : pétition, vote libre, garanties judiciaires et protection de libertés individuelles.

Aux US : les différents peuples ont été rapidement attachés à l'idée d'inscrire dans leur déclaration une reconnaissance des libertés sous forme de déclarations.

- **La déclaration des droits de Virginie** (juin 1776)
- **La déclaration d'indépendance américaine** : 4 juillet 1776, rédigé par Jefferson qui adopte une conception moderne de la protection des droits et des libertés. Il faut considérer comme étant des vérités évidentes par elle même que les Hommes naissent égaux, que leur créateur les a doté de certains droits inaliénables, parmi lesquels la Vie, la Liberté, la recherche du Bonheur, et que les Gouvernements humains ont été institués pour garantir ces droits.

Les membres de l'assemblée nationale constituante ont souhaité écrire un préambule à la constitution : protéger le droit des Hommes.

B. La DDHC

Cette déclaration découle de plusieurs textes. On a gardé celle du 26 août 1789 qui a été placée à la tête de la constitution de 1791. Lafayette, Mirabeau, Sieyès, Mounier, Talleyrand et l'idée de ces rédacteurs était de faire un texte à vocation pédagogique. Texte court (17 articles) présenté sans plan, qui essaie d'être pragmatique et d'aller à l'essentiel. Il a les qualités de l'époque car il est efficace.

Il est précédé d'un préambule qui récapitule bien le contexte et la volonté des auteurs.

1. La notion générale de liberté

La loi est le fondement de la liberté et en fixe les limites. Dans ces textes, on considère que l'exercice des droits définis par la loi est assorti de garanties qui peuvent même jouer contre le législateur.

Ce qui est essentiel dans l'esprit des rédacteurs, c'est que ce qui est au sommet du fonctionnement de la société, c'est la loi.

- **La loi est le fondement de la liberté**

La liberté est ce que dit la loi (*article 4 de la DDHC*). La liberté consiste à faire tout ce qui ne nuit pas à autrui.

L'article 5 ajoute : tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas.

L'article 6 : la loi est l'expression de la volonté générale : elle est la même pour tous. Tous les citoyens ont le droit de concourir personnellement ou par leur représentant à leur formation. Cet article 6 mélange la liberté civile et la liberté politique qui consiste à pouvoir se faire représenter et voter la loi.

La loi limite les libertés.

L'article 4 ajoute que les bornes de la liberté ne peuvent être déterminées que par la loi. Le principe de réciprocité : chacun doit avoir la jouissance des mêmes droits. Ensuite, la DDHC évoque comme limite les actions nuisibles à la société (article 5), l'ordre public (article 10), l'abus (article 11). Dans tous les cas, c'est la loi qui va déterminer ces limites.

Ces limites sont variables et vont dépendre de la volonté générale du législateur. On peut en déduire que dès lors que les libertés existent, seul son abus va pouvoir être sanctionné. Et cela de manière à posteriori. On va donc mettre en place un régime répressif, mais c'est une avancée politique fondamentale : on ne va pas punir en amont, mais lorsque la faute a été commise : garantie des droits et des libertés fondamentaux. On va avoir le principe de la légalité des délits et des peines...

- **La limitation des droits**

C'est la sûreté qui est considérée comme faisant partie des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme (article 2).

L'article 8 la définit comme la protection accordée par la société à chacun de ses membres pour la conservation de la personne, de ses droits et de ses propriétés.

Les articles 12 et 7 précisent les contenus de ces garanties : c'est la force publique qui assure la garantie des

droits les uns par rapport aux autres, et pour se faire requiert la perception d'un impôt. Le pouvoir n'est pas libre de l'utiliser à sa guise : il doit pouvoir en rendre compte (article 13).

La déclaration à l'article 2 se borne aussi à énoncer le principe de la résistance à l'oppression sans déterminer quand il y a oppression et quels sont les moyens de résistance qui peuvent être légitimement opposés.

2. Les libertés

• Les droits de l'Homme

La liberté individuelle : principe de la légalité des délits et des peines (article 7). Corollaires : les principes de la non rétroactivité de la loi pénale, le principe de l'identité des peines pour les mêmes délits, le principe de la proportionnalité des peines aux infractions, et puis l'un des plus importants : le principe de la présomption d'innocence.

La liberté d'opinion : et plus particulièrement la liberté religieuse (article 10), la liberté d'expression (article 11) qui est considéré comme l'un des plus précieux de l'Homme. Mirabeau disait que la liberté d'expression est la pierre angulaire des Droits de l'Homme. A cette époque, la liberté d'expression prend tout son sens, ce sont les balbutiements de la liberté de la presse.

Le droit de propriété : Droit naturel et imprescriptible de l'Homme, visé à l'article 2, définit à l'article 17 comme un droit inviolable et sacré. Plusieurs articles sont consacrés à ce droit. Article 17 : on ne peut priver quelqu'un de sa propriété que dans des cas très spécifiques :

- il faut que l'expropriation soit justifiée par une nécessité publique légalement constatée
- il faut que cela soit compensé par le versement d'une juste et préalable indemnité.

L'égalité juridique : érigé en principe : les Hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit. La loi est la même pour tous, mais il ne s'agit pas d'une égalité conçue comme un droit naturel, mais d'une égalité juridique en droit.

• Les droits du citoyen

La déclaration sépare les droits des citoyens des droits de l'Homme.

Les droits du citoyen ne sont pas conçus comme des droits naturels mais comme des droits positifs garantis par la Société.

Le texte ne donne aucune liste des droits des citoyens, mais on peut en déceler quatre :

- le droit de concourir à la formation de la loi (article 6)
- le droit d'accéder aux emplois publics (article 6)
- le droit de voter l'impôt (article 14)
- le droit de demander des comptes aux agents publics (article 15)

• les devoirs des citoyens

Obéir à la loi (article 7) et le devoir de payer l'impôt (article 13).

Le principe de souveraineté nationale est proclamée dans la DDHC et intégrée dans la Constitution de 1791. Celle de 1791 institutionnalise le suffrage universel masculin.